

论国家对商事行为的责任承担

池漫郊

【内容提要】 随着国际商事交易的日趋复杂化,国家也以各种形式的“国家代理人”的身份而参与国际商事交易。这种行为往往构成国家规避其国际责任的理由,对当事方乃至该国家本身都有损害。解决这个问题的关键,就在于要求国家为其“国家代理人”的商事行为承担责任。本文以一个典型案件为背景,分别从四个不同的视角对这个问题进行了分析。文章指出,可以通过限制国家豁免权、扩大国家作为国际法主体的范围、泛化国家责任的承担机制以及否定“国家代理人”的法律人格来防止国家采用这种方式规避其责任。

【关键词】 国际商事交易 国家责任 国家豁免权 法律人格否认

随着当今国际经济交易的日益复杂化,国家作为一种特殊的法律主体,往往也以各种形式或名义参加到国际商事交易中来。但是在大多数情况下,国家参加商事交易并非是以其自身名义直接与第三人签订合同来完成的,而是通过各种形式的“国家代理人”(State Agencies)来进行的。所谓的“国家代理人”形式多样,比如政府的某个部门,依据法令而建立的公有公司、企业,或国家作为控制股东的私人公司等。^[1]一般认为,国家之所以要通过“国家代理人”来从事商事行为,其主要目的在于规避其在国际法层面上对这些商事行为所应承担的责任。一旦争议产生,国家往往以与第三人进行交易的是某个“国有公司”而非其自身为由而拒绝承担责任,责任则转由该“国有公司”来承担。这种行为既损害了交易对方的正当利益,也损害了该国的国际形象。

在上述情况下,如何要求国家为其“国家代理人”的商事行为承担责任?这个问题虽然是以商事行为作为背景的,但在实质上却是一个典型的国际公法问题,即商事行为向国家的归责(attribution)问题。该归责问题的实质,是将国有公司在私法层面的责任上升到国家在公法层面的责任,对于公法与私法两个领域都提出了较大的挑战。近年来国际法的发展表明,在国际商事交易中,国家被要求为其“国家代理人”承担责任的情况越来越频繁。本文以一个典型的仲裁案件为例,说明该问题在国际法领域的诸种理论以及近年的发展,以期抛砖引玉。

一、现实案件引发的思考

国际商会仲裁院审理的 Westland 案凸显了将商事行为对国家进行归责的复杂性与困难

作者简介: 池漫郊,厦门大学法学院国际法专业讲师。

[1] Hazel Fox QC, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002, p.337. See also, Shawn Vargas, *Defining a Sovereign for Immunity Purposes: Proposals to Amend the ILC Draft Convention*, 26 Harv. Int'l L. J. 103 (1985).

性。^[2] 该案的梗概如下:

1975年,阿拉伯联合酋长国、沙特阿拉伯、卡塔尔和埃及签订条约共同建立了“阿拉伯工业化组织(AOI)”。AOI的总部设在开罗,其日常运作由各国指派部长组成的管理委员会负责。1978年,AOI和英国政府签订了一个谅解备忘录,规定四国政府对于英国的投资提供保证。随后,AOI与英国W公司签订了一份包含国际商会仲裁条款的“股份合同”,共同建立一个合营公司ABH。此外,ABH与W公司还签订了多份合同,这些合同中也都包含国际商会仲裁条款。1979年,由阿拉伯联合酋长国政府指派的部长担任AOI的总干事。由于政治原因,该总干事宣布阿拉伯联合酋长国、沙特阿拉伯、卡塔尔一致同意解散AOI,并成立清算委员会对其进行清算。但埃及对此表示反对,并颁布法令继续承认AOI的法人资格。

1980年,W公司向国际商会仲裁院提起仲裁,该公司不仅将ABH列为被申请人,还将AOI和四个国家同时列为被申请人。在该案中,仲裁庭对于ABH和AOI的管辖权是很容易确定,因为ABH以及AOI都与W公司签订了仲裁条款。困难在于,AOI的四个创始国,包括埃及,是否也受到ABH或AOI与W公司之间的仲裁条款的约束呢?埃及对于仲裁庭的管辖权提出了异议,认为仲裁协议是AOI与W公司签订的,并非其自身签订的,因此不承担仲裁的责任,其主要理由有两方面:第一,AOI与埃及是相互独立的两个主体,埃及作为AOI的创始国不应为AOI自身的活动负责;第二,无论如何,埃及作为主权国家享有豁免权,因此应免于受到仲裁管辖。

在本案中,仲裁庭认定AOI是这些国家同第三人进行商事行为的“代理人”。但仅仅如此还不够,仲裁庭仍必须要解释,如何要求这些国家为其“代理人(在本案中为AOI)的商事行为承担责任(在本案中为仲裁的义务)?要解决这个问题,也应相应分为两个步骤:第一步,将“国家代理人”的行为归责于相关国家,也即寻求法律依据要求国家为其“代理人”的行为承担责任;第二步,在上一个步骤的基础上还必须证明,即使能够找到法律依据要求国家为其“代理人”的行为承担责任,该国家也不能以豁免权为由来拒绝承担责任。这个问题实际上同时涉及到国际公法和国际私法两个领域,颇具复杂性,下文分别详细探讨这两个步骤。

二、国家对商事行为承担责任的法律依据

从法律主体的角度看,尽管国家在一定程度上控制着其代理人,但它们毕竟是两个相互独立的法律主体。依据国际法的基本原则,国家一般不为个人(作为独立法律主体的“国家代理人”)的行为承担责任,除非可以表明该代理人的行为可以归责于国家。从公法和私法两个角度来探讨归责问题,似乎也在一定程度上表明了国际公法与私法之间的交叉与糅合。

(一) 公法的视角——扩大国际法主体的范围以使国家承担责任

尽管国家一般不对个人行为承担责任,但该观点不能绝对化。权威学者也认同,在一些情况下,应该将个人行为视为国家行为而非私人行为,国家应该为个人的行为承担责任。^[3] 这种理论的核心就在于,对国际法主体进行灵活解释,以适当扩大其范围,使其涵盖各种形式的“国家代理人”,从而将代理人的行为归责于国家。从近年来国际法的发展来看,这种理论可以在联合国国际法委员会(International Law Commission, ILC)负责起草的《国家及其财产司法管辖豁免

[2] Interim award in ICC Case No.3879 of 1984 (Westland Helicopters Ltd. (U.K.) v. Arab Organization for Industrialization (AOI) and others), 23 I.L.M.1071 (1984), pp.1071-1089.

[3] [英]詹宁斯,瓦茨修订,王铁崖等译:《奥本海国际法》(第一卷),中国大百科全书出版社1995年12月第1版,第426页。

公约草案》(以下简称为“豁免草案”)^[4]与《国家对国际不法行为的责任公约草案》(简称为“责任草案”)^[5]中得到体现。

国家在特定情况下为个人行为承担责任的观点,可以在上述豁免草案中找到依据。虽然“豁免草案”讨论的是有关司法管辖豁免的问题,而并非仲裁管辖豁免的问题,但其中的一些观点却值得借鉴。在2002年发表的“豁免草案”最后一稿中,起草者对于“国家”一词作出了如下界定:(1)国家(state)与各种政府机构(organs of government);(2)被授权行使国家主权行为、并以该身份而行为的联邦政府组成机构(constituent units)或下属行政单位(political subdivision);(3)被授权行使国家主权行为、且在事实上行使了主权行为的国家其他机构(agency)或工具(instrumentality)或实体(entity);(4)代表国家并以此身份行为者(representative)。

不难发现,“豁免草案”对于“国家”一词进行了宽泛的界定,国家并不仅仅限于传统的主权国家,还包括其他多种主体。对于上述任何主体所做出的行为,国家必须承担责任。鉴于此,如果上述任何一个主体(包括国家自身)与第三人之间签订了仲裁条款,则国家也必须为此承担责任,而承担这种责任的方式之一,就是接受仲裁条款的约束并与第三人进行仲裁。这样看来,我们似乎可以合理推导出这样的结论:如果国有公司与第三人签订了仲裁条款,倘若有证据表明该国有公司符合上述“国家”的界定,则国家也应受到仲裁条款的约束。

无独有偶,上述的“责任草案”最终稿也包括了国家对个人行为承担责任的规定。虽然“责任草案”主要处理的是国家对其国际不法行为承担责任的问题(该草案所指的国际不法行为是指国家违反国际法的行为,包括违反国际习惯法与条约法的行为),而并非针对商事行为所应承担的责任的问题,但该草案的相关规定也同样值得我们借鉴。依据“责任草案”的规定,国家除了必须对国家机关的行为承担责任以外,还必须对下列几种个人行为承担责任:(1)行使政府权力要素的个人或实体的行为,但以该个人或实体在特定情况下以此种资格行事者为限(Art.5);(2)逾越权限或违背指示的个人或实体的行为,即经授权行使政府权力要素的个人或实体,若以此种资格行事,即使逾越权限或违背指示,其行为仍应视为国际法所指的国家行为(Art.7);(3)受到国家指挥或控制的个人行为,即如果一人或一群人实际上是在按照国家的指示或在其指挥或控制下行事,其行为应视为国际法所指的一国的行为(Art.8);(4)经过一国确认当作其本身行为的个人行为,即并不归责于国家的行为在并且只在该国承认和当作其本身行为的情况下,依国际法应视为该国的行为(Art.11)。在上述诸种情况下,虽然行为是个人作出的,但国家仍旧需要承担责任。因此也可以合理推论,如果国家代理人(比如某被国家控制的公司)与第三人签订了仲裁条款,如果其情形符合上述任何一种规定,国家就必须为其行为承担责任。

需要注意的是,尽管“责任草案”与上述“豁免草案”都规定了在特定情况下国家应为个人行为承担责任,但两者对归责问题的处理却大相径庭。“豁免草案”是通过“国家”的界定进行灵活与扩大解释,扩大了国际法主体的范围,从而在特定情形下将个人视为国家,并在此基础上将个人行为归责于国家;相比之下,“责任草案”并没有对“国家”作出严格界定,而是在认同国家只为其自身行为承担责任这一原则的同时,规定了一些例外情形,并在这些例外情形中处理国

[4] Draft Articles on the Jurisdictional Immunity of the State and Their Property, <http://www.un.org/law/ilc/texts/jimmfra.htm> on 9 March 2004.

[5] Draft articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, <http://www.un.org/law/ilc/texts/Stateresponsibility/responsibilityfra.htm> on 9 March 2004.

家对个人行为承担责任的问题。

（二）私法的视角——“公司法律人格否认制度”在公法中的适用

在私法领域,通过否定公司法律人格来追究第三人(大多为公司的控制人)的法律责任的做法并不少见。公司法律人格否认制度早已为学术界与实务界所熟知,本文对于该原则本身不再赘述。如果试图使国家为其“代理人”的商事行为承担责任,实际上就是要否定该“代理人”的法律人格,使其真正控制者——国家——为其行为承担责任。在私法领域,国家往往被认为是特殊的法律主体。因此在实践中,公司人格否认制度很少被适用于国家。但仍有实践表明这样做是可行的,只是必须满足更加严格的条件。实践表明,将公司人格否认制度适用于国家主要包括以下两类基本情形:

第一种情形,必须证明国家对其“代理人”实施了控制。鉴于国家作为法律主体的特殊性,在考察这种控制之时,不仅要考察国家对“代理人”的经济控制,还要特别关注相关非经济因素,即制度控制。所谓制度控制是指,从行政管理体制上看可以将“代理人”视为国家的一个机构。为了确定国家对其“代理人”存在制度控制,法院和仲裁庭需要考察该“代理人”在国家行政管理体制中的地位与作用、国家对其的授权状况、其在该国相关产业中的职能、国家对其的管理与控制的决定权等各种因素。

在此方面已有不少案例,仲裁庭都认为国家对国有公司存在着不同形式的制度性控制。比如“德州油田案”。^[6]本文所引用的 Westland 案中,仲裁庭指出 AOI 的管理委员会是其决策机构,而该委员会却是由四个国家指派的部长组成的,且委员会还代表四个国家与英国政府签订了旨在保护投资的“谅解备忘录”;^[8]在 Wintershall 案中,卡塔尔石油总公司的所有董事都是由卡塔尔政府所任命的,而且绝大多数董事都是政府官员;^[9]而在 Pyramid 案中,仲裁庭也注意到埃及旅游部虽然是未签署人,但该部对埃及国有公司与第三人之间的合同予以批准和认可。^[10]这些因素都在很大程度上体现了国家的授权与该“代理人”在国家行政管理体制中的地位与作用,可以被视为存在制度控制的证明。

第二种情形是国家参与了国有公司的行为,尽管这种情形在实践中越来越少。除了上述制度性控制因素之外,法院和仲裁庭还会考察国家是否参与了其“代理人”与第三人的交易,这实

[6] Oil Field of Texas, Inc. v. Iran (OSCO), Award No. 258-43-1 (8 Oct 1986), 12 Iran-U.S.C.T.R. pp.308-324.

[7] OSCO、NIOC 和伊朗政府之间的关系可以概括如下: NIOC 是 1951 年设立在伊朗的公司,其股份一直全部为伊朗政府所有,后来 NIOC 的部分职能由伊朗石油部所取代。1954 年,伊朗几个主要的跨国石油公司共同组建了一个公司集团,并达成协议共同开发、生产、炼制和出口伊朗的石油(1954 年的协议)。该协议在 1974 年被一个新的协议代替(1974 年协议)。依据 1974 年协议,伊朗政府授权 NIOC 负责开发经营其国内的石油资源, NIOC 还同时取代了该公司集团中的两个公司。OSCO 正是新的公司集团所设立的非赢利性合资私人公司。OSCO 与 NIOC 签订了服务合同,规定 OSCO 负责履行 NIOC 在 1974 年合同项下的所有义务。T 公司将 NIOC 列为被申请人有以下几点理由:(1) OSCO 在履行合同时实际上是作为 NIOC 的代理人;(2) OSCO 完全受到 NIOC 的控制;(3) NIOC 是 OSCO 的债务和合同义务的继承人;(4) NIOC 的先前行为也表明它不能拒绝为 OSCO 的行为承担责任。此外,由于 T 公司还认为伊朗实际上控制着 NIOC 与 OSCO,故 T 公司也将伊朗政府列为被申请人。伊朗政府和 NIOC 认为它们与 T 公司之间没有仲裁条款,因而提出管辖权异议。

[8] Interim award in case no.3879 of 1984 (Westland Helicopters Ltd. (U.K.) v. Arab Organization for Industrialization (AOI) and others), 23 I.L.M.1071 (1984), pp.1071-1089.

[9] Wintershall A.G. v. Government of Qatar, Partial Award of 5 Feb. 1988 and Final Award of 13 May 1988, 28 I.L.M. 795 (1989).

[10] ICC Award No. 3493 of 1983 (S.P.P. (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt), IX Y. B. Com. Arb. (1984), p.111.

际上是在考察国家是否对国有公司的行为进行了控制、指挥或指示。从实践来看,国家参与的表现形式多种多样,比如国家直接参加合同的谈判、国家直接对于公司的交易行为进行决策、或者由国家委派人员对公司的交易行为进行决策与管理等。一旦能够确定国家实质性地参与了其“代理人”的行为,就可以要求国家为后者的行为承担责任。

在国际商会仲裁庭审理“德国工程公司案”中,仲裁庭就将仲裁条款拓展到波兰政府,其主要理由之一是波兰政府直接参与了国有公司与第三人的交易。^[11]在该案中,德国公司(申请人)与波兰一家国有公司(被申请人)缔结了一份包含仲裁条款的合同。在谈判中,波兰的国家计划委员会、对外贸易部以及矿业部都派了代表参加。合同对于“不可抗力”的情形做了具体规定,并同时规定,如果出现这些“不可抗力”的情形,波兰公司若未能履行合同就可以免责。波兰政府后来发布了一条命令,导致合同无法履行。德国公司认为这种情形不属于“不可抗力”,因此认定波兰公司违约并应承担赔偿责任。仲裁庭在对案情与“不可抗力”的规定进行细致研究后认为,波兰公司是受控于波兰政府的国有公司。而如果一个国家通过国有公司来实施商业行为,那么它就应该为该国有公司的行为承担责任。仲裁庭列举了三个主要理由来拓展仲裁条款:第一,在波兰公司与德国公司的谈判中,波兰的国家机关有实质性参与;第二,事实表明,波兰公司是依据国家机关的指示来履行合同的;第三,波兰公司的所有资产都是国家所有。很显然,仲裁庭否定波兰公司的法律人格除了因为经济控制的因素以外(第三点),更多的是因为波兰政府对于交易行为的直接参与(第一点和第二点)。

三、国家不得以豁免权为由拒绝承担责任

正如 Westland 案所显示的那样,要求国家为其“代理人”的商事行为承担责任的障碍除了来自归责问题之外,还来自于国家豁免的问题。如上所述,即便可以将“代理人”的商事行为归责于国家,但国家作为国际法的主体往往可以声称其享受豁免,以规避责任。因此第二步就是要寻求法律依据对国家豁免权进行限制,以最终解决问题。

长久以来,关于国家主权豁免的争论颇多,其核心争议主要集中在国家豁免的性质究竟是绝对豁免(absolute state immunity)还是限制豁免(restrictive state immunity)。^[12]绝对豁免强调的是国家主权高于一切,无论国家从事何种行为,都不能追究其责任;而后者则认为国家如果从事的商事行为是与其作为公法主体不相符的行为,其豁免权就必须受到限制。^[13]从传统的观点来看,国家主权应享有绝对豁免权,即无论国家从事的是私法还是公法上的行为,除非该国明确放弃豁免,否则都应享受国家豁免。限制豁免则是强调仅对国家在公法上的行为给予豁免,而对于国家在私法上的行为则不必给予豁免。

国际法学界对于国家豁免的问题至今都没有形成一个较为统一的看法,无论对绝对豁免或

[11] German Engineer Company v. Polish Buyer, Interim award of 9 September 1983, at <http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=2859>, 20 Apr. 2003 (holding that “[I]f a state has chosen to act through the intermediary of a separate legal entity the state has, under circumstances, to accept that the acts for which it has chosen the form of legislative or governmental acts be imputed to it).

[12] 国家豁免权问题的详细论述,可参见龚刃韧著:《国家豁免问题的比较研究》,北京大学出版社,1994年版。

[13] Richard J. Oparil, Waiver of Sovereign Immunity in the United States and Great Britain by an Arbitration Agreement, 4 J. Int’l Arb. 61 (1986), pp. 64-65.

有限豁免都存在分歧。^[14] 不过也有学者认为,以商业行为判定国家是否享有豁免已经成为国家和国际豁免立法的基本特点,否定国家与外国自然人或法人或其他组织之间的商业交易方面的管辖豁免,已经成为一种世界性的趋势。^[15] 有学者甚至认为,尽管目前国际上还没有条约或“软法”(soft law)对限制豁免的问题达成统一认识,但我们仍旧可以通过对各国的相关司法实践与立法进行比较分析,从而发现国家实践已经支持将限制豁免理论视为国际习惯法规则。^[16] 尽管国际上对于绝对豁免和限制豁免之争“硝烟未散”,但随着国际局势和各国利益的变化,国家主权的限制豁免论不仅得到了国际公约的认可,^[17] 也得到了很多国内立法的认可。^[18]

如果从传统的角度来看,国家享有绝对豁免权,显然不受国有公司与第三人之间的仲裁条款的约束,对此不必赘言。但如果从现代的角度来看,国际立法和判例对这个问题所给的答案基本都是否定的。^[19] 也就是说,国家的豁免权在国家从事私法行为时应受到限制,这就意味着国家必须为其国有公司的行为承担责任,受到与国有公司第三人之间的仲裁条款的约束。对此问题又有三种主要的观点。

第一种观点认为,国家从事商业行为不享有豁免权。这种观点从国家豁免的本源与目的出发,认为国家豁免权的概念来自于国家主权原则,^[20] 国家享有豁免权的目的是为了使国家免于在国外法院被诉,从而推动国家机关职能的实现。^[21] 国家在从事商业活动时并不是在行使国家主权,而是任何一个私人人都可以行使的权能,在这种情况下对国家豁免权进行限制并不会涉及到国家主权的问题,^[22] 因此国家从事商业活动不能要求享有豁免。依据这个观点,既然国家通过国有公司参与了商业活动,它就必须受到国有公司与第三人之间仲裁条款的约束。

第二种观点认为,国家豁免权不适用于仲裁管辖。这种观点从国家豁免权与国际商事仲裁的本质着手,认为国家豁免仅指司法管辖豁免,即一国不受另一个国家的管辖。从司法上说,这是指一国不得对另一国起诉或对其财产加以扣押或执行。^[23] 仲裁的根本性质是合意性,仲裁庭也是依据当事人的协议而成立的,并非一个国家主权的工具,因此并不存在两个平等国家之间进行管辖的问题,在这种情况下主张管辖豁免是不适当的。这种观点不仅得到了国内立法的认可,也得到了实践的认同。就国内立法而言,英国 1978 年《国家豁免法》第 9 条就明确表示,国家把已发生或可能发生的争议,以书面协议的形式提交仲裁,在联合王国法院涉及该案的仲裁

[14] [英] 伊恩·布朗利著,曾令良、余敏友译:《国际法原理》,法律出版社 2003 年版,第 360 页。

[15] 韩健著:《现代国际商事仲裁的理论与实践》(修订本),法律出版社 2000 年版,第 496-501 页。

[16] Hazel Fox QC, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002, p.22 (the author writes “...to ascertain that concurrence of state practice which supports the status of a principle or rule as one of international custom”).

[17] *The European Convention on State Immunity*, May 16, 1972, Euro. T.S. 74, 1979 U.K. T.S. No. 74 (Cmd. 7742), reprinted in 11 I.L.M. 470 (1972); *Inter-American Draft Convention on Jurisdiction Immunity of States*, Jan. 21, 1983, reprinted in 22 I.L.M. 292 (1983); and *Draft Convention on State Immunity*, prepared by the International Law Association, reprinted in 22 I.L.M. (1983).

[18] *United States Foreign Sovereign Immunity Act* at Sect.1605 (a) (2).

[19] 韩健著:《现代国际商事仲裁的理论与实践》(修订本),法律出版社 2000 年版,第 506 页。

[20] Richard J. Oparil, *Waiver of Sovereign Immunity in the United States and Great Britain by an Arbitration Agreement*, 4 J. Int'l Arb. 61 (1986), p.61.

[21] *Testimony of Monroe Leigh on proposed Foreign Sovereign Immunities Act*, Subcomm, Administrative Law and Governmental Relations, House Judiciary Comm. (1976) reprinted in 70 Am. J. Int'l L. 817 (1976), p.818.

[22] *Thai-Europe Tapioca Service Ltd. v. Gov't of Pakistan*, [1975] 1 W.L.R. 1485, 1491.

[23] 韩健著:《现代国际商事仲裁的理论与实践》(修订本),法律出版社 2000 年版,第 495 页。

中,该国不得享有豁免。就实践而言,国际商会仲裁庭在 *Solel Boneb* 案中明确提出,主权豁免仅适用于法院或其他国家权力机关作为一方与国家或其代表为另一方之间所产生的关系,而仲裁员(庭)的权力来自于当事人的授权,而并非代表任何国家机构。^[24]

第三种观点认为,国家从事商事行为构成对豁免权的放弃。在实践中,法院和仲裁庭有时并不会对于国家豁免权本身进行直接否定,而是通过案件事实推定国家已经有效地放弃了豁免权。这是一种折中的做法,既尊重了国家主权,也达到了要求国家承担责任的目的。目前国际上广泛认为,即便国家没有明确表示放弃豁免权,但只要国家与第三人签订了仲裁条款,就可以认为国家已经放弃了豁免权。^[25] 比如在 ICSID 机制中,国家的同意是仲裁庭管辖权的基础。依据《华盛顿公约》第 25 条第一款的规定,国家一旦同意与外国私人投资者进行仲裁,就不得单方面撤回。因此可以认为,国家与外国私人投资者之间达成了仲裁协议就意味着国家放弃了豁免权,ICSID 在行使管辖权时便无须考虑国家豁免的问题。^[26] 而在非 ICSID 仲裁的情况下,国家自身并不直接参与国有公司与第三人之间的合同的缔结与履行,如果有证据表明该国有公司是代表国家从事商业活动的,就可以将国有公司与第三人签订的仲裁条款视为得到国家授权,并代表国家所签订。既然国家已经(通过国有公司)与第三人签订了仲裁条款,就意味着国家已经放弃了豁免权,不得再以主权豁免为由拒绝仲裁管辖。在上述 *Westland* 案中,仲裁庭已经表示,埃及(以及其它三个国家)通过 AOI 与 W 公司签订了仲裁协议本身就表示它们已经放弃了豁免,因为在签订仲裁协议之时,它们理应预见到未来可能会发生争议从而被要求仲裁。

四、结论

在现实中,国家往往可以通过采用各种形式的“国家代理人”的方法来参与国际商事交易,其中最典型的方法就是通过国有公司来参与经济交易。为了防止国家滥用国有公司形式而损害第三人的利益,在特定情况下,有必要使国家受到国有公司与第三人之间仲裁条款的约束,以顺利解决争议,维护第三人的利益。这就不可避免地涉及到国家豁免权的问题。为了使国家承担仲裁的责任,我们就必须限制国家对豁免权的援用。

本文通过对相关立法与实践进行综合分析研究,总结出四种可供参考的理论来论证将“国家代理人”的行为向国家进行归责的问题。从一定意义上说,要求国家为国有公司的商业行为承担责任已经不再是一个纯粹的私法问题,而是一个私法与公法交错产生的问题。因此法院和仲裁庭决定拓展仲裁条款不仅风险提高,审理的难度也有了极大增加。就这个问题而言,目前国际上还没有专门的条约加以调整,而目前的实践也远没有达到国际习惯法的高度,因此只能由法院和仲裁庭依据个案的情形加以处理。但我们有理由相信,随着国际法以及国际商事仲裁的发展,这个问题将有望在国际层面上得到妥善的解决。

(责任编辑:汪小珍)

[24] *Solel Boneb International Ltd. (Israel) and Water Resource Development International (Israel) v. The Republic of Uganda and National Housing and Construction Corporation of Uganda*, 1 Y. B. Com. Arb. (1976), pp.133-155.

[25] Georges R. Delaume, *State Contracts and Transnational Arbitration*, 75 A.J.I.L.784 (1981), p.787.

[26] Georges R. Delaume, *ICSID Arbitration and the Courts*, 74 A.J.I.L.784 (1983), p.800.